

Reactie op voorontwerp van *Wet invoering reële ambitieovereenkomst*

6 september 2013.

Opgesteld door:

Prof. Erik Lutjens

Prof. Herman Kappelle

Mr. Jolanda van den Brink

Mr. Monique van der Poel

Mr. Michelle Tomeij

Mr. Ivor Witte

Expertisecentrum Pensioenrecht

Prof. dr. Erik Lutjens

Hoogleraar Pensioenrecht/Professor in Pension Law

Faculteit der Rechtsgeleerdheid *Vrije Universiteit Amsterdam*

T (020) 59 86268 | F (020) 59 86280 | M 06 52 418408 |

E e.lutjens@vu.nl |

I: www.rechten.vu.nl/nl/onderzoek/Expertisecentrum-Pensioenrecht/index.asp



Over het Expertisecentrum Pensioenrecht

Het Expertisecentrum Pensioenrecht van de *Vrije* Universiteit *Amsterdam* is onderdeel van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid. Het Expertisecentrum bundelt uitgebreide kennis en jarenlange ervaring van medewerkers ten aanzien van pensioen. Het Expertisecentrum is deskundig, objectief, onafhankelijk, wetenschappelijk, praktijkgericht en oplossingsgericht. De activiteiten bestaan uit:

- Onderzoeken
- Publiceren
- Doceren
- Adviseren.

1. Inleiding

- 1.1. In dit document geeft het Expertisecentrum Pensioenrecht van de *Vrije Universiteit Amsterdam* een reactie op het Voorontwerp voor de *Wet invoering reële ambitieovereenkomst* (hierna: Voorontwerp), waarover een internet-consultatie is georganiseerd.
- 1.2. De reactie is enkel gericht op juridische vraagstukken. Politieke of beleidsmatige keuzes die zijn gemaakt of wenselijkheden waar richting aan wordt gegeven, worden buiten beschouwing gelaten.

2. Scope

- 2.1. De Memorie van Toelichting (hierna: MvT) geeft aan dat het Voorontwerp drie onderwerpen regelt: 1. een aanscherping van de toezichtregels (financieel toetsingskader) voor het nominaal contract, zodat de toezeggingen in een dergelijk contract beter kunnen worden waargemaakt, 2. de introductie van een nieuw reëel pensioencontract: de reële ambitieovereenkomst en het bij dat contract behorende financieel toezicht; en 3. het ‘mogelijk maken’ van het invaren van reeds opgebouwde pensioenaanspraken in een nieuw pensioencontract.

Wijziging Wet Bpf 2000

- 2.2. Het Voorontwerp bevat wijzigingen in de Pensioenwet en één wijziging in de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (artikel 4). Het betreft volgens de MvT bij het Voorontwerp geen inhoudelijke verduidelijking: expliciet wordt gemaakt dat “alle bij het bedrijfstakpensioenfonds betrokkenen de statuten, reglementen en besluiten van het fonds naleven”. Het is niet duidelijk wat de relatie is met de reële ambitieovereenkomst. De MvT geeft hierop geen toelichting.

Beroepspensioenregelingen

- 2.3. Er is geen wijziging van de Wet verplichte beroepspensioenregeling (hierna: WVB) voorgesteld. De WVB is anders dan de Wet Bpf 2000 een stand-alone wet. Daarom is onduidelijk, mede wegens het ontbreken van een toelichting, of de voorgestelde regels ook voor beroepspensioenregelingen zullen gaan gelden. Dat het de bedoeling is geweest van de wetgever om het wetsvoorstel ook binnen de WVB mogelijk te maken ligt voor de hand, gezien de brede strekking van het wetsvoorstel.

Verantwoordelijkheid

- 2.4. De voorgestelde reële ambitieovereenkomst is in het wetsvoorstel opgenomen als een nieuw karakter voor een pensioenovereenkomst (artikel 10 Pensioenwet). Het is aan de werkgever om in overleg met de werknemers of aan de sociale partners te bepalen hoe de pensioenovereenkomst komt te luiden en welk karakter deze heeft. Hoewel de MvT er ook op wijst dat de sociale partners moeten beslissen over de pensioenregeling, lijkt de MvT verder vooral oog te

hebben voor de bevoegdheden en verantwoordelijkheden van pensioenfondsen. Wij hechten er aan te benadrukken dat de pensioenovereenkomst tussen werkgever en werknemers of sociale partners overeengekomen dient te worden, althans dat is het uitgangspunt van de Pensioenwet. Hierbij roepen wij in herinnering dat de Pensioenwet juist ook beoogt de verantwoordelijkheidsverdeling scherp te duiden en de werkgever (in overleg met werknemers of met sociale partners) verantwoordelijk te maken voor de inhoud van de pensioenovereenkomst. Waar de MvT uitgebreid de verantwoordelijkheid en besluitvorming door het pensioenfonds bespreekt, lijkt voor deze verantwoordelijkheidsverdeling minder aandacht te bestaan; deze wordt zelfs verontachtzaamd. Dat laatste komt vooral boven drijven bij het vraagstuk inzake het toepassen van de regels van een nieuwe pensioenovereenkomst op reeds opgebouwde rechten ('invaren'). Dit vereist op de eerste plaats een wijziging van de pensioenovereenkomst ten aanzien van de nieuwe en/of opgebouwde aanspraken. Deze verantwoordelijkheidsverdeling had in de MvT scherper besproken dienen te worden.

Pensioenfondsen en andere uitvoerders

- 2.5. De MvT bespreekt (vrijwel) uitsluitend de rol van pensioenfondsen bij de uitvoering van de reële ambitieovereenkomst. Dat is een gemis. De uitvoering van de reële ambitieovereenkomst is uiteraard niet mogelijk door een premiepensioeninstelling – gezien de aard van deze instelling c.q. de bevoegdheid tot het uitsluitend mogen uitvoeren van een zuivere premieovereenkomst in de opbouwfase (zie artikel 1 Wet op het financieel toezicht). Door andere pensioenuitvoerders, zoals genoemd in artikel 23 Pensioenwet, zou de reële ambitieovereenkomst in beginsel wel uitgevoerd (moeten) kunnen worden. De rol van andere uitvoerders dan pensioenfondsen wordt in de MvT echter miskend. De doelstelling van het Voorontwerp is om het pensioenstelsel toekomstbestendig te maken (MvT, p. 5). Een visie op de rol die verzekeraars daarbij vervullen ontbreekt in de MvT, maar is wel van belang. Ook is niet toegelicht hoe de voorgestelde invulling van de reële ambitieovereenkomst past bij het functioneren van een verzekeraar.
- 2.6. Opgemerkt zij dat over het onderwerp verzekeraar en uitvoering van de reële ambitieovereenkomst door het Expertisecentrum Pensioenrecht een studie wordt verricht, waarvan de resultaten op 19 november 2013 worden gepresenteerd tijdens een studiemiddag aan de *Vrije Universiteit Amsterdam*.

Conclusie

- 2.7. De scope van het wetsvoorstel behoeft aanpassing of minstens dienen gemaakte keuzes in de MvT duidelijk gemotiveerd te worden.

3. Karakter reële ambitieovereenkomst

- 3.1. Er is in de literatuur discussie geweest over de vraag of in de huidige Pensioenwet het reële contract gekwalificeerd kan worden als een uitkeringsovereenkomst of als een premieovereenkomst. Het Voorontwerp introduceert een nieuw vierde pensioenkarakter. De karaktervraag is hiermee opgelost, dat wil zeggen dat het niet meer van belang is om deze als uitkerings- of premieovereenkomst onder de huidige Pensioenwet aan te kunnen merken.

Gezien de eigen kenmerken die de reële ambitieovereenkomst in de uitwerking heeft, is dat een keuze die op zich duidelijk maakt dat deze overeenkomst een eigen aard heeft.

- 3.2. De definitie van de reële ambitieovereenkomst roept wel vragen op. Volgens de definitie is er sprake van een vastgestelde uitkering, maar in de uitwerking blijkt dat de uitkering niet per definitie vast is, maar kan fluctueren. Daarom geeft het voorgestelde artikel 2 lid 14 Pensioenwet aan dat 'bedoeld fluctueren' niet afdoet aan het vastgesteld zijn van de uitkering. Maar dit is een fictie, want in werkelijkheid is de uitkering niet vastgesteld en is er slechts sprake van een streefniveau. De reële ambitieovereenkomst heeft hiermee alle kenmerken van een hybride pensioenregeling.
- 3.3. Wetgevingstechnisch kan en mag het. De communicatie over de pensioenaanspraken dient echter wel duidelijk, begrijpelijk en volledig te zijn, mede ter voorkoming van – juridisch relevante – verkeerd opgewekte verwachtingen.
- 3.4. De MvT geeft ook uitdrukking aan de tweeslachtigheid, die wij aanduiden met het begrip "hybride". Achter elkaar zegt de MvT eerst dat de reële ambitieovereenkomst tot een "stabiel patroon van uitkeringen" zal leiden en meteen aansluitend wordt gesteld dat verlagingen van het pensioen vaker zullen voorkomen dan in de huidige contracten. Het wordt "verwacht" dat de verlagingen per keer minder omvangrijk zijn dan in het huidige contract, maar dat is allerm minst een garantie (MvT p. 9).
- 3.5. Ook hiervoor geldt dat het wetgevingstechnisch kan. Naast de problematiek rondom communicatie zien wij voorts een lastige hobbel bij de motivering van het belang van (de invoering van) dit nieuwe contract. Vooral in het kader van de afweging van belangen (ex artikel 19 Pensioenwet) en bij de beoordeling van de evenwichtigheid (ex artikel 105 lid 2 Pensioenwet) bij respectievelijk een wijziging door de werkgever en een besluit tot overdracht door een pensioenfonds.
- 3.6. Het toekennen van een eigen karakter aan de reële ambitieovereenkomst neemt niet weg dat de vraag gesteld kan worden wat het eigene is van de reële ambitieovereenkomst ten opzichte van de andere karakters. Het verschil met de uitkeringsovereenkomst is dat de ondergrens van de nominale uitkering niet vaststaat (MvT p. 9). Het verschil met de premieovereenkomst is de indexatietoezegging (MvT p. 10), die verplicht in de reële ambitieovereenkomst moet zijn opgenomen (zie over indexatie hieronder). Een ander verschil met de premieovereenkomst is, dat in de reële ambitieovereenkomst de uitkering na ingang aangepast kan worden voor financiële schokken. In de premieovereenkomst is de uitkering vast, behoudens wijziging in verband met het aanpassingsmechanisme voor wijziging levensverwachting (hierna: LAM), zoals het Voorontwerp dat introduceert.
- 3.7. Wij zien als belangrijk eigen element van de reële ambitieovereenkomst dat het pensioen niet alleen voor, maar ook na ingang, niet vast is als gevolg van het Aanpassingsmechanisme Financiële Schokken (hierna: AFS). Dat is een markant verschil ten opzichte van de andere karakters van een pensioenovereenkomst. Het pensioen is levenslang onderhevig aan de aanpassingsmogelijkheid. De onzekerheid over de hoogte van de uitkering blijft derhalve ook levenslang aanwezig.

- 3.8. Hier voegen wij aan toe dat andere karakters van een pensioenovereenkomst eveneens de mogelijkheid krijgen het pensioen, ook na ingang van de uitkering, aan te passen, maar dan alleen op basis van het LAM. Hiernaast blijft voor pensioenfondsen de huidige in artikel 134 Pensioenwet geregelde bevoegdheid tot het verminderen van aanspraken en rechten bij kort gezegd onderdekking bestaan.
- 3.9. Met de introductie van het LAM voor de verschillende karakters, wordt het verschil tussen een reële ambitieovereenkomst en een premieovereenkomst dun. De reële ambitieovereenkomst moet indexatie omvatten, maar dat is (zie hieronder) geheel voorwaardelijk. De reële ambitieovereenkomst kent voor de uitkeringsfase een AFS, de premieovereenkomst mag dit aanpassingsmechanisme alleen hebben voor de levensduur. Maar is het nodig voor dit aspect een nieuwe overeenkomst te introduceren, of zou een verruiming van de aanpassing van de uitkering voor de premieovereenkomst niet hetzelfde hebben bereikt? In de MvT ontbreekt een onderbouwing van nut en noodzaak van de introductie van een geheel nieuw karakter voor een pensioenovereenkomst, boven het nuanceren van de huidige karakters.

Conclusie

- 3.10. De keuze voor de reële ambitieovereenkomst is politiek. De motivering van de toegevoegde betekenis en vooral ook de noodzaak van de introductie van een geheel nieuw karakter voor een pensioenovereenkomst in de Pensioenwet, behoeft nadere onderbouwing. Dat geldt, zoals eerder aangestipt in §2.3, ook voor de afwezigheid van de introductie van het nieuwe karakter in de WVB.

4. Communicatie

- 4.1. Het onderwerp communicatie werd hiervoor al genoemd. De pensioenonzekerheid – over de stabiliteit van de uitkering – zal levenslang bestaan. Een dergelijke vormgeving van een pensioencontract is op zich juridisch toegestaan. De communicatie en begrijpelijkheid is wel een punt van zorg. Het contract kan in de toekomst een bron van conflicten vormen wegens teleurstellingen in verwachtingen en deze kan leiden tot complexe aansprakelijkheidsvraagstukken.
- 4.2. Wij vragen ons af of op dit punt een premieovereenkomst niet veel makkelijker te communiceren is: er is een premie toegezegd en het resultaat is onzeker. Bij de reële ambitieovereenkomst is er sprake van een vastgestelde uitkering plus (zie hieronder) onvoorwaardelijke indexatie. Dat is dus hetgeen gecommuniceerd moet worden als (verwachte of beoogde) ambitie van de pensioenovereenkomst. Maar of deze indexatie en de uitkering überhaupt toegekend kunnen worden is onzeker. Hoe dit op begrijpelijke wijze in het UPO kan worden opgenomen, is nog een uitdaging.
- 4.3. Wij vragen ons om die reden ook af of een premieovereenkomst met een AFS en/of een aanpassingsmechanisme voor levensduurverwachting niet duidelijker zou zijn en tot hetzelfde resultaat kan leiden. Een nadere motivering waarom deze keuze niet is gemaakt, is op zijn minst gewenst.

Conclusie

- 4.4. Duidelijke en begrijpelijke communicatie over het nieuwe reële contract is straks vereist. Het onderwerp komt in de MvT evenwel niet aan de orde. Gezien het belang van de communicatie bevelen wij aan daar wel aandacht aan te geven.
- 4.5. Voor pensioenuitvoerders zal de informatie dat de hoogte van de uitkering levenslang onzeker is een eigen dynamiek meebrengen. Deze informatie over pensioen dient immers voor de rechthebbende een centraal element te worden in zijn of haar financiële planning en zal een rol moeten (gaan) spelen bij de afweging of investeringen met een duur karakter nog wel kunnen worden gedaan.
- 4.6. Hier komt in de sliptestream van dit element nog een geheel ander vraagstuk om de hoek kijken. Namelijk de vraag of en zo ja in hoeverre de pensioencommunicatie moet samengaan met communicatie over andere financiële producten voor de rechthebbende en wat dat betekent voor de taakafbakening en de markt & overheid bepalingen in de Wet Bpf 2000. De MvT heeft hiervoor geen aandacht. Binnen het Expertisecentrum Pensioenrecht vindt op dit moment promotieonderzoek plaats naar dit vraagstuk.

5. De indexatie

- 5.1. In de reële ambitieovereenkomst moet een indexatietoezegging verplicht zijn opgenomen. Dat staat niet in de wettelijke omschrijving van de reële ambitieovereenkomst, maar volgt op nogal indirecte wijze uit artikel 95a-nieuw Pensioenwet waarin een minimumniveau van de indexatie is voorgeschreven.
- 5.2. Hiermee is bedoeld dat het contract reëel is. Echter de indexatie is, zoals de vastgestelde uitkering in de reële ambitieovereenkomst zelf, geheel voorwaardelijk (MvT p. 10).
- 5.3. De voorgestelde regelgeving is allerm minst duidelijk. De indexatie is volgens artikel 95a Pensioenwet “onvoorwaardelijk”, maar vanwege het aanpassingsmechanisme op de keper beschouwd “voorwaardelijk” (MvT p. 10). Pensioenuitvoerders zijn straks gehouden om over deze voorwaardelijke indexatie te communiceren dat er sprake is van een recht op onvoorwaardelijke indexatie. Of deze bepalingen voldoen aan Aanwijzing 10 voor de regelgeving (de eis van “duidelijkheid” en “eenvoud”) valt te betwijfelen.
- 5.4. Door de indexatie als onvoorwaardelijk aan te merken, zal het wijzigingsverbod van artikel 20 Pensioenwet van toepassing zijn. Aangezien de wijziging materieel voorwaardelijk is, is het de vraag of deze consequentie is bedoeld. De MvT geeft hierop geen toelichting.

Conclusie

- 5.5. Het spreken over onvoorwaardelijke indexatie terwijl deze voorwaardelijk is, is een onduidelijkheid die juridisch niet is gewenst en voorts niet in lijn is met de achterliggende geest van de Pensioenwet. Heroverweging van deze keuze is aan te bevelen.
- 5.6. De samenhang tussen de duiding van de indexatie als onvoorwaardelijk en het wijzigingsverbod van artikel 20 Pensioenwet, behoeft nadere toelichting..

6. De premie

- 6.1. De gedachte is dat in de reële ambitieovereenkomst sprake zou kunnen zijn van een stabiele premie (MvT p. 10).
- 6.2. Die stabiliteit is betrekkelijk. Volgens de nieuw voorgestelde tekst van artikel 128 Pensioenwet “kan” de premie voor maximaal vijf jaar worden vastgesteld. Het moet dus kennelijk niet vijf jaar zijn. Het kan ook voor een kortere periode. Dit zal een onderhandelingspunt worden tussen sociale partners en pensioenuitvoerders. Na uiterlijk vijf jaar moet een nieuwe kostendekkende premie worden bepaald. Dan kan de werkgever de rekening gepresenteerd krijgen voor een ontstaan tekort.

Conclusie

- 6.3. Aangezien de premie voor een periode van maximaal vijf jaar vastgelegd mag worden, is onzeker of de gewenste premiestabiliteit wordt bereikt.

7. Doorwerking wijzigingen

- 7.1. Volgens het nieuw voorgestelde artikel 19a Pensioenwet is een collectieve wijziging in de pensioenovereenkomst ook van toepassing op pensioenaanspraken en –rechten van gewezen werknemers, gewezen deelnemer, pensioengerechtigden en andere aanspraakgerechtigden, tenzij het belang van de werkgever in verhouding tot het belang van de gerechtigden niet zwaarwichtig genoeg is.
- 7.2. De bedoeling is dus om deze gerechtigden door wetsduiding te binden aan een collectieve wijziging van de pensioenovereenkomsten die met anderen (werknemers, vakbonden) is overeengekomen. Een belangafweging is dan wel nodig, op de wijze die geldt indien gebruik wordt gemaakt van een wijzigingsbeding (artikel 19 Pensioenwet). Uit de rechtspraak omtrent de belangenafweging bij een wijziging van de pensioenovereenkomst door de werkgever met toepassing van een wijzigingsbeding, valt af te leiden dat de werkgever met hele goede argumenten moet komen voor een dergelijke wijziging. Financiële argumenten zijn vaak op zich onvoldoende. Verwacht mag worden dat de rechter er bij de afweging van belangen betekenis aan zal toekennen dat de rechthebbenden niet bij de wijzigingsovereenkomst betrokken zijn geweest, maar het resultaat – tegen hun wil – opgedrongen krijgen.
- 7.3. Voor welke aanspraken het nieuwe artikel 19a is bedoeld, is niet helemaal duidelijk. Artikel 20 Pensioenwet, dat op dit punt niet wordt aangepast, verbiedt een wijziging van opgebouwde aanspraken (behoudens hier niet van belang zijnde uitzonderingen). Dat zal voor de groep rechthebbenden die onder artikel 19a Pensioenwet vallen vrijwel steeds de situatie zijn, behoudens de toekomstige voorwaardelijke indexatie. Maar ook met artikel 19a in de hand zullen opgebouwde aanspraken niet gewijzigd kunnen worden.
- 7.4. In de MvT wordt aangehaald dat volgens de rechtspraak onduidelijk zou zijn of de hier geduide groep belanghebbenden aan een wijziging kan worden gebonden. De MvT geeft geen nadere onderbouwing. Wel is er in de rechtspraak de lijn te herkennen die inhoudt dat verkregen rechten niet kunnen worden aangetast. Dat

is thans in artikel 20 Pensioenwet gecodificeerd en dat wordt dus niet doorbroken door het nieuwe artikel 19a Pensioenwet.

- 7.5. Wij kunnen ons alleen voorstellen dat in verband met een waardeoverdracht opgebouwde aanspraken worden gewijzigd en dat in die situatie artikel 19a de in dat artikel genoemde rechthebbenden bindt. Dat de wetgever dit voor ogen heeft gestaan, wordt in de MvT echter niet zo toegelicht. Zie over waardeoverdracht hieronder bij invaren.

Conclusie

- 7.6. De betekenis en strekking van het nieuwe artikel 19a Pensioenwet behoeft nadere toelichting. De toegevoegde betekenis van het artikel is er naar ons oordeel niet, tenzij bedoeld is dit artikel van toepassing te verklaren op wijzigingen van opgebouwde aanspraken in verband met waardeoverdracht.

8. Invaren

- 8.1. Een van de heetste hangijzers in het debat over de nieuwe pensioenovereenkomst is wel het 'invaren', zonder dat het individu bezwaar kan maken. Invaren is uitvoeren van (collectieve) waardeoverdracht, waarbij thans het individu de mogelijkheid heeft bezwaren kenbaar te maken (artikel 83 lid 2 Pensioenwet). Vaak is de vraag opgeworpen of de bescherming van het eigendomsrecht zich er niet tegen verzet om het toestaan van waardeoverdracht mogelijk te maken zonder bezwaarmogelijkheid van het individu.
- 8.2. In de nieuwe tekst van het voorgestelde artikel 83 Pensioenwet blijft die bezwaarmogelijkheid bestaan voor een collectieve waardeoverdracht in verband met het einde van een uitvoeringsovereenkomst en overgang van een onderneming. Bij waardeoverdracht in verband met een collectieve wijziging van de pensioenovereenkomst is het echter voldoende de rechthebbenden te informeren.
- 8.3. De stappen in het proces zijn dan dat ten eerste de werkgever via het geldende wijzigingsproces de pensioenovereenkomst wijzigt. Hierbij merken wij op dat deze wijziging niet via het nieuwe artikel 19a ook van toepassing is op opgebouwde aanspraken, want dat verhindert artikel 20 Pensioenwet (tenzij de uitzondering in verband met artikel 83 Pensioenwet hier geldt) Voor degenen die nog deelnemer zijn (dat kan gewezen werknemers betreffen) kan de wijziging wel op basis van artikel 19a voor de toekomst voor hen gelden. Maar hoe dan ook zal een rechtsgeldige wijziging overeengekomen moeten zijn en in relatie tot artikel 19a zal tevens beoogd moeten zijn deze op gewezen werknemers toe te passen. Voor de binding geldt dan de eerder genoemde toetsing aan een voldoende zwaarwichtig belang van de werkgever.
- 8.4. Vervolgens en ten tweede zal de werkgever bij de pensioenuitvoerder het verzoek tot waardeoverdracht moeten indienen.
- 8.5. Tot slot en ten derde kan de pensioenuitvoerder een afweging maken of hij zijn medewerking aan de waardeoverdracht verleent.
- 8.6. Wij vragen ons af of de MvT deze verschillende fasen en de daaruit volgende primaire verantwoordelijkheid bij de werkgever resp. de sociale partners wel

voldoende onderkent. In de MvT (p. 37 en 38) lijkt de voorstelling te zijn dat het besluit over waardeoverdracht door het pensioenfonds genomen wordt. Dat is onjuist, aangezien dat slechts het sluitstuk is.

- 8.7. In geval van waardeoverdracht wijzigt ingevolge de MvT de pensioenovereenkomst voor het heden én verleden. De opgebouwde rechten worden aangetast. Mede gezien het verbod tot wijziging van opgebouwde aanspraken van artikel 20 Pensioenwet is een waardeoverdracht zonder het bij nieuwe pensioenovereenkomst wijzigen van de opgebouwde aanspraken daarom juridisch niet mogelijk. Althans: de werknemer of gewezen werknemer zal de werkgever kunnen blijven aanspreken op nakoming van de (oude) pensioenovereenkomst. Dit onderstreept dat steeds eerst de werkgever respectievelijk de sociale partners de pensioenovereenkomst moeten wijzigen; ook voor zover het opgebouwde aanspraken betreft. Wanneer dat gebeurt voorafgaand aan en met het oog op waardeoverdracht, is de kennelijke strekking van artikel 20 Pensioenwet dat dan het verbod tot wijziging van de pensioenovereenkomst niet van toepassing is. Zo bezien is de thans in artikel 83 Pensioenwet vastgelegde bezwaar-mogelijkheid niet nodig, in zoverre bij de wijziging van de pensioenovereenkomst al contractuele overeenstemming is over de wijziging van opgebouwde aanspraken, met binding daaraan van de rechthebbende. Zonder die overeenstemming is waardeoverdracht zonder effect, dat wil zeggen dat de belanghebbende dan naleving van de (oude) pensioenovereenkomst kan blijven vorderen.
- 8.8. Binding aan gewijzigde pensioenovereenkomsten ontstaat door (stilzwijgende) instemming of door binding aan een cao wegens vakbondlidmaatschap (ledenbinding). Voor de groep die onder artikel 19a Pensioenwet valt, kan die grondslag voor binding ook bestaan. Geheel vanzelfsprekend is dat echter niet (bijvoorbeeld: als de opvatting is dat de cao geen betrekking heeft op ex-werknemers, of is de ex-werknemer geen lid (meer) van een vakbond). Indien er noch instemming, noch ledenbinding is, ontstaat in het Voorontwerp binding door het nieuwe artikel 19a Pensioenwet.
- 8.9. In de wijziging van de pensioenovereenkomst ten aanzien van opgebouwde aanspraken en de daaruit volgende binding aan waardeoverdracht, zien wij als zodanig geen juridisch obstakel vanuit de eigendomsbescherming.
- 8.10. Wat betreft de eigendomsbescherming merken wij op dat – hoezeer aanvullende pensioenaanspraken ook als eigendomsrecht in de zin van het Eerste Protocol bij het EVRM aangemerkt kunnen worden - dit geen drempel opwerpt tegen een overeengekomen wijziging van pensioenaanspraken, waaraan voor de rechthebbende op contractuele grondslag binding voor bestaat.
- 8.11. Wij zien evenmin bedenkingen tegen het niet bij wet verbieden van het contractueel wijziging van opgebouwde aanspraken. De gedachte dat verkregen rechten moeten worden beschermd is op zich wel breed gedragen en heeft in de Pensioenwet verankering gekregen in artikel 20 Pensioenwet. De (in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM vastgelegde) eigendomsbescherming beperkt de mogelijkheden voor de staat om eenzijdig inbreuk te maken op de eigendom door regulering van het eigendom, maar verzet zich er geenszins tegen dat private contractspartijen door een nadere overeenkomst een wijziging aanbrengen in opgebouwde pensioenaanspraken.

- 8.12. Niet voor iedere rechthebbende ontstaat contractuele binding aan een wijziging van de pensioenovereenkomst. Met name voor ex-werknemers die geen vakbondslid zijn, kan dit de situatie zijn. Dan kan artikel 19a Pensioenwet van betekenis zijn. Op dit punt moet dan vastgesteld worden dat voor deze groep rechtstreeks door wetsduiding, zonder contractuele binding, opgebouwde pensioenaanspraken worden aangetast. Men zou het eventueel ook als een vorm van versterking van binding van niet-georganiseerden aan een door derden gemaakte overeenkomst kunnen zien. In de verte vergelijkbaar met binding op grond van algemeen verbindend verklaring van cao-bepalingen (hierna: avv). In de verte, want aan avv ligt een verzoek van sociale partners ten grondslag, is representativiteit van belang en kunnen bezwaren worden ingediend. Artikel 19a Pensioenwet werkt van rechtswege en automatisch. De bescherming zou moeten liggen in de toetsing van het zwaarwegend belang. Bij die toetsing kunnen elementen van noodzakelijkheid en proportionaliteit, die ook spelen bij de eigendomsbescherming op zich zelf, betrokken worden. Ondanks deze toetsingsmogelijkheid, is het de vraag of de eigendomsbescherming in de weg staat aan de binding door wetsduiding als bedoeld in artikel 19a Pensioenwet. Over dit aspect is al veel geschreven en ook de MvT bij het Voorontwerp gaat er uitgebreid op in. Wij volstaan met de constatering dat de eigendomsbescherming in beginsel de regulering van de eigendom niet verhindert en ook een vermindering van pensioenrechten niet, indien het wezen van het recht niet wordt aangetast. Of dit het geval is, zal een afweging van de situatie in het concrete geval vergen. Op voorhand kan niet worden gezegd dat er een verboden inbreuk op de eigendom zal zijn. Het antwoord op de vraag zal in voornoemde toetsing zijn plaats kunnen krijgen.

Conclusie

- 8.13. Het invaren vergt een wijziging van de pensioenovereenkomst wat betreft de opgebouwde aanspraken. Dit primaat van de pensioenovereenkomst krijgt in de MvT onvoldoende aandacht. Aangezien in dit geval contractuele binding is vereist, kan waardeoverdracht vervolgens zonder afzonderlijke instemming plaatsvinden. Alleen voor de niet contractueel-gebonden belanghebbenden is er een leemte, maar dat wil artikel 19a Pensioenwet, kennelijk opvullen. Aangezien artikel 19a rechtstreeks door wetsduiding inbreuk maakt op opgebouwde aanspraken, bestaat alleen bij de toepassing van dit artikel de mogelijkheid van handelen in strijd met de eigendomsbescherming, ingeval de toets aan het zwaarwegend belang niet wordt doorstaan. Niet elke wijziging van pensioenaanspraken kan evenwel op voorhand strijdig worden geacht met het eigendomsrecht.

9. Overige opmerkingen

- 9.1. Ingevolge artikel 10a Voorontwerp kan de aanpassing voor financiële schokken of levensduur open of gesloten worden toegepast. Bij gesloten toepassing wordt er gedifferentieerd naar deelnemers en aanspraken. Wij vragen ons af hoe de verhouding van deze gesloten toepassing is ten opzichte van het verbod van ringfencing. Is de gesloten toepassing niet een vorm van ringfencing en wat betekent dit voor de houdbaarheid van het verbod van ringfencing in het algemeen?
- 9.2. De premie moet kostendekkend zijn, maar herziening hoeft pas na vijf jaar en een aanpassing kan dan bovendien niet geleidelijk (artikel 128 Pensioenwet-nieuw). De vraag is of de premie dan nog realistisch kostendekkend is. Dat roept weer de vraag op of de voorstelling van een 'vastgestelde' pensioenuitkering

realiteitsgehalte heeft. Het doet de vraag rijzen of de wetgeving niet uitnodigt of minstens aanzet tot de introductie van onduidelijke pensioencontracten.

- 9.3. Pensioenaanspraken in de reële ambitieovereenkomst zijn 'vastgesteld'. Verlaging door de aanpassingsmechanismen is echter mogelijk. Verhoging ook, maar dit kan een pensioenfonds beperken tot de ambitie (artikel 137a lid 2 Pensioenwet-nieuw). Of het gewenst is alleen neerwaartse risico's bij rechthebbenden neerleggen en geen kans op verhoging boven de ambitie te geven, moet in de afspraak over de pensioenovereenkomst worden uitgemaakt. Wij constateren hier, aansluitend bij de opmerkingen in paragraaf 2, dat deze mogelijkheid tot beperking van de verhoging alleen voor pensioenfonds is geschreven en niet voor andere uitvoerders
- 9.4. De beperking van het uitvoeren van waardeoverdracht in verband met de dekkingsgraad van een pensioenfonds vervalt voor het pensioenfonds dat een reële ambitieovereenkomst uitvoert. De dekkingsgraad doet er niet zo toe, zo luidt de verklaring in de MvT, want deze gaat telkens naar de 101% bij een fonds. De rechthebbende zal hier wel goed over voorgelicht moeten worden.
- 9.5. Ook in verband met waardeoverdracht merkt de MvT op dat het niet bezwaarlijk wordt gevonden dat een pensioenfonds in onderdekking over kan gaan tot overdracht van aanspraken naar de reële ambitieovereenkomst. Dat direct met de overdracht de aanspraken verlaagd moeten worden, vindt de toelichting geen bezwaar. Zuiverder zou zijn om eerst een vermindering van aanspraken door te voeren en dan waardeoverdracht toe te passen. De duidelijkheid en transparantie is hiermee gediend en dat zou wel meer aandacht mogen krijgen.
- 9.6. Volgens de MvT wijzigen de bestaande pensioenaanspraken niet op het moment dat de reële ambitieovereenkomst van toepassing wordt (p. 39). Wij vragen ons dat af, maar geven toe dat dit niet alleen een juridische beoordeling vergt. Wij vragen ons dat af omdat de waarborg van een levenslange vastgestelde uitkering andere voorzieningen vergt dan de waarborg van een onzekere uitkering die met aanpassingsmechanismen kan worden verlaagd. Indien de bestaande aanspraken niet worden gewijzigd indien de reële ambitieovereenkomst wordt ingevoerd, moet de vraag zijn of de opmerking in de MvT (p. 39) juist is dat de pensioenuitvoerder niet armer of rijker wordt. Wij menen dat er twee scenario's zijn: of de aanspraken wijzigen of de uitvoerder wordt armer of (meer waarschijnlijk) rijker.

EXPERTISECENTRUM PENSIOENRECHT *VRIJE* UNIVERSITEIT AMSTERDAM
6 september 2013.